

ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política
N.º 36, enero-junio, 2007, 125-141
ISSN: 1130-2097

Derecho y orden social Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt *

ENRIQUE SERRANO G.

Universidad Autónoma Metropolitana. México

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es recuperar la tesis de Schmitt en la que afirma que el derecho no se agota en las normas, sino que implica un orden concreto. Ello se debe a que dicha tesis permite ampliar la capacidad descriptiva y explicativa de la teoría jurídica. Especialmente, permite ir más allá del conocimiento técnico que requiere el trabajo cotidiano de los abogados y jueces, para dar cuenta de la génesis y dinámica de los sistemas jurídicos. Entre otras cosas permite reconstruir el proceso que hizo posible la autonomía de los sistemas jurídicos propios de las sociedades modernas. Sin embargo, al mismo tiempo, se critica la creencia de Schmitt respecto a que conceptualizar la relación entre el orden concreto y las normas jurídicas también permite resolver el problema de la validez de estas últimas. En oposición a ello, se defiende la tesis respecto a que es necesario apelar a un principio universal de justicia. Tesis que se defiende con un argumento que el propio Schmitt utiliza para sostener [otra tesis, según la cual] la restricción del carácter violento de los conflictos sociales, aquello que hace de éstos una práctica estrictamente política, es el reconocimiento del mundo humano como un *pluriverso*.

Palabras clave: normas, decisiones, orden concreto, sistema jurídico, Schmitt vs. Kelsen y universalismo.

ABSTRACT. The purpose of this paper is to pick up a thesis from Schmitt, according to which law is not totally contained in its norms, but requires a concrete order besides these. I claim that by following such a principle, the theorist of law increases his descriptive and explicative power. In particular, one can thus go beyond the day-to-day, technical knowledge of lawyers and judges, and render a proper explanation of the genesis and dynamical change of legal systems in general. Among other things, the said principle enables the theorist to construe the process that made it possible for the legal systems of modern societies to become autonomous. Yet, on the other hand, I make a critical remark against Schmitt's belief that by thus explaining the relationship between a concrete order and its legal norms the latter are justified. Against this, I claim that they most comply with some kind of universal principle of justice. I support my claim against Schmitt on an argument of his own-one that he uses to buttress his view that the acknowledgement of the diversity of the human world is a prerequisite for keeping social conflict from becoming violent, and for turning it into a strictly political practice.

Key words: Norms, decisions, concrete order, legal systems, Schmitt vs. Kelsen and universalism.

* Texto presentado en la segunda sesión del Seminario permanente CLASICOS (Colectivo de Lectura, Análisis, Sistematización e Investigación sobre Clásicos de Orientación Social), organizado por el Proyecto académico editorial *Theoria cum Praxi*, www.ifs.csic.es/colTCP del Instituto de Filosofía (CSIC) y el Grupo de Investigación sobre *el Derecho y la Justicia* (Universidad Carlos III de Madrid).

La hipótesis que guía el presente trabajo consiste en afirmar que el análisis crítico de los presupuestos de la teoría de Carl Schmitt puede establecer las bases para desarrollar el aparato conceptual, con el que es posible describir de manera adecuada la complejidad de los sistemas jurídicos modernos. En primer lugar, se trata de recuperar la tesis según la cual la realidad del derecho no se agota en las normas, sino que implica también un orden concreto. En su crítica a lo que Schmitt califica como normativismo, representado entre otros por Kelsen, afirma que las normas jurídicas no crean el orden, sino que, por el contrario, son una expresión e instrumento regulador de él. Según esto, entender la vigencia y dinámica del sistema jurídico requiere relacionarlo con ese llamado orden concreto; lo que no implica perder de vista la autonomía que ha adquirido el sistema jurídico. Me parece que esta tesis resulta atractiva desde la perspectiva de una labor descriptiva. Sin embargo, Schmitt considera también que relacionar la dimensión normativa del derecho y el orden concreto de la sociedad puede resolver también los problemas relacionados con la validez del derecho. Esto último requiere ser cuestionado radicalmente.

1. La crítica al normativismo y al decisionismo

En su trabajo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), Schmitt sostiene que el que el derecho siempre implica normas, decisiones y un orden concreto. Inmediatamente agrega que las diferencias entre las distintas concepciones que los juristas adoptan, consciente o inconscientemente, en su trabajo son el resultado de las distintas prioridades y combinaciones entre estos elementos constitutivos. Lo que Schmitt denomina normativismo es aquella posición que considera que el aspecto esencial del orden jurídico es el sistema de normas abstractas. «Porque, si en orden jurídico se concibe al derecho como norma abstracta, regla o ley —y todo jurista que piensa normativamente lo considera sin más en este sentido—, entonces partiendo de esa concepción, todo orden queda convertido en un puro compendio o suma de reglas y leyes»¹.

El paradigma de esta concepción jurídica se encuentra en la *Teoría Pura del Derecho* desarrollada por Hans Kelsen. Como es sabido, Kelsen considera que el orden jurídico se encuentra constituido por un sistema jerárquico ascendente de normas, las cuales tienen el mismo fundamento de validez, a saber: La norma fundamental (*Grundnorm*). «Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundamental de ese orden»². Para entender el sentido de la noción de norma funda-

¹ Schmitt (1996), p. 11.

² Kelsen (1986), p. 45.

mental es menester recordar que, según esta teoría, el modo de existencia de las normas es su validez y que, a su vez, el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. Si bien todas las normas son creadas por actos humanos, su validez, de acuerdo con Kelsen, no se sigue del acto en sí mismo (ser), sino de la norma que otorga autoridad a ese acto (deber ser) ³.

La norma en la que se sustenta la validez de otra es caracterizada, como una norma superior; de esta manera, se constituye la cadena de validez propia del sistema jurídico, la cual tiene su cúspide en la norma fundamental. Kelsen aclara que la transmisión de validez de una norma jurídica superior a una norma inferior no puede pensarse como una inferencia deductiva, sino por la adecuación de la producción de la norma inferior a lo estipulado por la norma superior. Es decir, la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su contenido, sino por haber sido producidas de la manera establecida por la norma superior. Si tomamos en cuenta esto, la norma fundamental puede ser formulada de la siguiente manera: Todas las normas que han sido producidas de acuerdo con la Constitución (conjunto de normas positivas superiores) son válidas y, por tanto, deben ser obedecidas («uno debe comportarse como la constitución lo prescribe»).

El tema de la norma fundamental es el aspecto más polémico de la *Teoría Pura del Derecho*, pues, a pesar de posición central en la argumentación, no es una tesis formulada claramente. Se puede decir que para Kelsen la norma fundamental es una disposición no positiva, es decir, que su existencia no depende de la acción de ningún órgano creador de derecho, sino que se trata de un presupuesto necesario. En algunos pasajes de la obra de Kelsen se da a entender que la norma fundamental debe interpretarse como un elemento trascendental, en sentido kantiano, que hace posible la explicación de la normatividad del derecho. De acuerdo con ello, Kelsen asume, en primer lugar, la realidad social del derecho para después preguntar: ¿Cómo es posible el Derecho positivo? La respuesta se encuentra en la noción de norma fundamental ⁴. Existe una amplia polémica en torno a la manera en que debe interpretarse la norma fundamental y, por supuesto, en ella se ha cuestionado la legitimidad de esa noción.

Más que adentrarse a esta polémica, Carl Schmitt se sitúa en un plano externo para afirmar que la oscuridad que rodea al concepto de norma funda-

³ «El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas». Kelsen (1986), p. 202. Esta tesis implica una crítica a la noción del positivismo clásico (Austin) que pretende caracterizar a la norma únicamente como un mandato respaldado por amenazas.

⁴ Recordemos que en un argumento trascendental primero se afirma que algo (A) es verdad, para después afirmar que, de no darse cierta condición o conjunto de condiciones (C), (A) no sería posible. 1) A, 2) $\neg C \rightarrow \neg A$, 3) $\therefore C$. Sobre el tema de los argumentos trascendentales consultar Cabrera, Isabel (1999).

mental es, simplemente, el síntoma del carácter incompleto del concepto de derecho que maneja Hans Kelsen. Sin duda, el derecho siempre se encuentra constituido por un sistema de normas, pero no se agota en esa dimensión normativa. En *Teoría de la Constitución* (1928) Schmitt sostiene: «La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica»⁵.

La intención crítica de Schmitt es destacar que el orden jurídico nunca puede ser neutral frente a los conflictos sociales, ya que ese orden es el efecto de la dinámica de estos últimos. Schmitt ve en la postura de Kelsen un intento de ocultar que detrás de lo que él llama el constitucionalismo burgués existe, en primer término, una decisión a favor de la *libertad burguesa*, esto es, «libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio». Es decir, el denominado constitucionalismo burgués implica una decisión a favor de los poderes económicos, ocultos (en el sentido de no responsables políticamente), que han secuestrado la soberanía del Estado, para convertirlo en un mero instrumento de sus intereses.

La pureza de la teoría jurídica que propugna Kelsen es, desde la óptica de Schmitt, no sólo un intento de enmascarar las decisiones políticas que subyacen al Estado de Derecho, sino también una postura teórica que impide entender la dinámica del orden jurídico. Schmitt no niega que la Teoría Pura ofrece elementos importantes para describir la estructura de la dimensión normativa del derecho, ni tampoco que en las sociedades modernas el derecho se ha convertido en un subsistema diferenciado, que posee, como se dice en la actual teoría de sistemas, una autonomía o cierre operacional (es el propio derecho el que define qué es derecho). Lo que rechaza Schmitt es considerar que la autonomía del derecho significa aislamiento del resto del orden social. El argumento que utiliza consiste en afirmar que la vigencia de la normatividad jurídica requiere de una situación normal, la cual es definida, creada y mantenida por el poder político. De esta manera, si se quiere describir y comprender el orden jurídico, más allá de las exigencias técnicas de la administración cotidiana del derecho, se requiere analizar la manera en que se relacionan la dimensión normativa y la dimensión política de dicho orden.

⁵ Schmitt. (1982), p. 47. Ahí mismo agrega: «Así la constitución francesa de 1791 envuelve la decisión del pueblo francés a favor de la monarquía constitucional con dos *representantes de la Nación*, el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (Poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del Poder constituyente) a favor de la Monarquía constitucional al modo del Estado burgués de Derecho, con lo que queda conservada la Monarquía como forma de Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo) (...) etc.

Se puede decir que Schmitt adopta la perspectiva propia de la sociología del derecho. De hecho, retoma la sociología del derecho de Max Weber, para sostener que la concepción jurídica de Kelsen es el resultado de un peculiar proceso social, el cual puede caracterizarse como una particular forma de racionalización de las relaciones sociales; la llamada racionalización formal o instrumental. Precisamente, la pretensión de pureza le impide a Kelsen desarrollar una conciencia reflexiva de la historicidad de su objeto de estudio, así como de su propio punto de vista. Ello da como resultado una descripción parcial del derecho en la que se absolutiza su aspecto normativo.

Las premisas formales y las supuestas categorías puras en la ciencia jurídica son solamente consecuencia de la autoafirmación incondicional de un determinado modo de pensar jurídico. En cuanto éste se reconoce como tal se comprende y sitúa correctamente la lógica de su método de pensamiento (...) Es de gran trascendencia saber qué tipo de pensamiento jurídico se impone en un determinado tiempo y en un determinado pueblo. Los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y la supremacía de uno sobre otro puede vincularse a un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo ⁶.

La tesis respecto a que detrás de todo orden legal existe una decisión, la cual se complementa con aquella en la que se sostiene que la validez de los valores depende de la voluntad de aquél o aquellos que los hacen valer, ha propiciado que numerosos intérpretes y críticos de Schmitt califiquen su posición como decisionismo. Sin embargo, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Schmitt rechaza también lo que podemos llamar un decisionismo abstracto o romántico, para el cual la fuerza jurídica de las leyes emana del simple acto de la voluntad. Según él, esa modalidad de decisionismo se encuentra en su estado puro en Hobbes, cuando este autor afirma: *Auctoritas, non veritas facit legem*. Asimismo, ese decisionismo mezclado con el normativismo lo encuentra en la tradición positivista. Su parte decisionista le permite al positivismo situar en un determinado contexto el fundamento de la normatividad vigente y rechazar, de esta manera, los intentos de acudir a elementos metajurídicos y trascendentes, propios del iusnaturalismo.

En contra de ese decisionismo abstracto, Schmitt mantiene que toda decisión emana y es parte de un orden concreto («la pura decisión sin más, queda a su vez limitada e incorporada en una idea de orden; esa decisión deriva de un orden presupuesto»). De hecho, es preciso resaltar que esta idea se encuentra ya en germen en *Teoría de la Constitución*: «El concepto de orden jurídico contiene dos elementos completamente distintos: El elemento normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta» (p.35). Schmitt nunca dejó de ensalzar a la decisión como la instancia política y jurídica suprema, la cual marca el punto de inflexión del proceso de constitución de los

⁶ Schmitt (1996), pp. 7 y 8.

individuos y los grupos sociales como sujetos. Pero, al mismo tiempo, constantemente, subraya que las decisiones sólo pueden comprenderse si son situadas en el orden concreto en el que se dan.

En contraste con el normativismo y el decisionismo, Schmitt asume que la realidad jurídica implica tanto normas, como decisiones; pero, para él, el aspecto esencial o central es el orden concreto, que hace posible tanto las decisiones, como las normas que las expresan. El pensamiento del orden concreto (*konkretes Ordnungsdenken*) es el modo de pensar la ciencia jurídica que, como tercera vía, Schmitt propone para superar las antinomias surgidas por la dicotomía normativismo y decisionismo o bien, situándose en un nivel más concreto, por la tradicional oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Me parece que esta propuesta de Schmitt, es decir, la tesis respecto a que el derecho no puede reducirse al sistema de normas y a las decisiones del soberano, en efecto, abre una alternativa para pensar la compleja realidad del sistema jurídico, que supera los viejos problemas. Sin embargo, antes de asumir una postura en torno a esa alternativa es necesario realizar un análisis crítico de la noción de orden concreto, implícita en la propuesta.

2. *El nomos de la tierra*

En el libro *El nomos de la tierra en el Derecho de gentes del Jus Publicum Europaeum* (1950) Schmitt retoma la defensa de la tesis respecto a que la norma o regla no crea el orden, sino que es una expresión de él. Su argumentación empieza por utilizar un análisis filológico, para resaltar que el sentido primigenio de la palabra nomos es la medida que se utiliza en la primera división y distribución de la tierra. La toma de posesión de la tierra y su posterior reparto entre los miembros de la comunidad representa, de acuerdo con Schmitt, un acontecimiento fundamental, en el que se encuentra en germen todo el orden social.

Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto dividir como también apacentar. El nomos es, por lo tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en palabras de Kant: «la ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo», o en la fórmula inglesa que es una puntualización adecuada: el «radical title». Nomos es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa ⁷.

⁷ Schmitt (1974), p. 53.

De la regla que se utiliza para medir la tierra emana la normatividad que cumple la función de coordinar las acciones. Sin embargo, a partir de la distinción entre normatividad y naturaleza (*nomos* y *physis*), propia de los sofistas, se empieza a perder de vista la relación que existe entre las normas y el hecho fundamental de la toma de tierra y su medida. Cicerón traduce ya el concepto de *nomos* por *lex*, lo cual representa el antecedente del abismo que se genera entre la normatividad (el deber ser) y el orden concreto (ser), que dominará en el pensamiento jurídico moderno. Ese abismo entre el deber ser y el ser es, a su vez, la causa de las antinomias que ha enfrentado la filosofía del derecho. Ante ello, Schmitt afirma que las normas jurídicas son simplemente la expresión de un orden concreto, creado por las acciones de los seres humanos y las relaciones de poder que se establecen entre ellos. Dicho de otra manera, todo sistema de normas jurídicas se encuentra situado en un orden concreto (en un espacio y tiempo determinados); no existe derecho ajeno o independiente de una situación específica, ni, por tanto, un derecho que tenga validez en sí mismo. En su trabajo de 1934, que hemos mencionado, Schmitt cita al jurista italiano Santi Romano que en su libro *L'ordinamento giuridico* (1918) afirmaba: «El ordenamiento jurídico es una unidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de un tablero; por eso, las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura»⁸.

El objetivo de Schmitt es propiciar que se vuelva a tomar conciencia de que el *nomos* (normatividad) implica un proceso social en el cual, a partir del acontecimiento fundamental de la toma de tierra, se construye un orden social. Schmitt sostiene que el drama del *nomos* se encuentra constituido por tres actos, a saber: tomar, dividir y deleitarse (*nehmen*, *teilen* y *weiden* [este último verbo significa apacentar, pero también deleitarse]). A partir de este punto la estrategia argumentativa se aproxima a las llamadas historias conjeturales o hipotéticas que proliferaron en el siglo XVIII. Es decir, se propone una narración reflexiva que no pretende ser verdadera, esto es, adecuarse a la diversidad de historias reales. Se trata únicamente de un modelo dinámico, para reducir complejidad, y, con ello, abrir la comprensión de un proceso social en la diversidad de sus variantes. El primer acto implica que un grupo de seres humanos, como criaturas terrestres, establece su lugar en el espacio y, con ello, crea las condiciones de su supervivencia. Mediante ese acto espacial el ser humano logra, en cierto modo, trascender su finitud temporal.

La historia de todo pueblo que se ha hecho sedentario, de toda comunidad y de todo imperio, se inicia, pues, en cualquier forma con el acto constitutivo de una toma de tierra. Ello también es válido en cuanto al comienzo de

⁸ Schmitt (1934), p. 25. Antes de citar a Santi Romano el propio Schmitt afirma: «Una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, sería un absurdo jurídico».

cualquier época histórica. La ocupación de tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá. Contiene así el orden inicial del espacio, el origen de toda ordenación concreta posterior y de todo derecho ulterior. La toma de la tierra es el arraigar en el mundo material de la historia. De este radical title se derivan todas las relaciones ulteriores de posesión y propiedad: propiedad comunitaria o individual, formas de posesión y utilización según el Derecho público o el privado, el Derecho social y el Derecho de Gentes ⁹.

El asentamiento de un grupo humano en un territorio conduce al segundo acto del nomos, es decir, a su división, en la que se establece la noción de posesión y, posteriormente, de propiedad. Esa división de la tierra no responde a un criterio universal o trascendente, sino a las relaciones de poder que existen en la comunidad. Como hemos apuntado ya, las reglas que se producen en el proceso de apropiación de la tierra conforman el germen del derecho, en el cual se expresa la estructura de la comunidad. Las reglas implícitas en las costumbres y actitudes, generadas espontáneamente mediante la dinámica social, constituyen un derecho prepositivo (*Vorpositives Recht* - daß das Recht dem Staate vorgeht). Precisamente una de las principales funciones de las instituciones políticas será convertir esas reglas en derecho positivo al tornarlas explícitas y al respaldarlas a través de los recursos coactivos. Evidentemente, el proceso de positivación de la normatividad espontánea tiene su propia especificidad, por lo que el derecho positivo no puede pensarse como un mero reflejo pasivo de la normatividad prepositiva. Incluso el derecho positivo puede adquirir una capacidad variable de transformar la normatividad espontánea de la sociedad. Cuanto más compleja es la estructura de una sociedad, mayor será la autonomía del derecho positivo. Por otro lado, cabe destacar que el espacio que se abre entre la normatividad prepositiva y el derecho positivo es el ámbito de la decisión política (la decisión política como mediación entre el orden concreto y el derecho positivo).

Normatividad espontánea - Decisión política - Derecho positivo

La división de la tierra y la normatividad que emergen de ese hecho fundamental crean una situación normal que hacen posible que los miembros de la comunidad puedan disfrutar los frutos de sus actividades. La vigencia del derecho positivo presupone el artificio de la normalidad (tesis que constantemente subrayará Schmitt en oposición al liberalismo). Pero el proceso de división o distribución del espacio no sólo funda el derecho positivo, al mismo tiempo, crea también la distinción interno-externo, en el que se funda el Derecho de gentes o internacional. Al definirse las fronteras las fronteras del territorio en el que se asienta la comunidad, se establece, al mismo tiempo, la di-

⁹ Schmitt (1979), p. 23.

ferenciación entre nosotros y ellos, entre los miembros de la comunidad y los extranjeros. Diferenciación en la que se sustenta, a su vez, la distinción política básica, a saber: amigos y enemigos. Lo que se requiere explicar con cierto detenimiento es por qué, según Schmitt, se identifica al otro, aquel que no pertenece a la comunidad, con el enemigo (de hecho Hegel ya había definido al enemigo como «la diferencia ética»). Se trata de un punto fundamental, en el que se encuentra en juego la intersección de la teoría jurídica y la teoría política de Carl Schmitt.

En la narración del drama del nomos de la tierra se encuentra implícita la tesis respecto a que todo orden social es un artificio, que se construye mediante la introducción de distinciones (reparto de la tierra) a partir de un espacio homogéneo. En tanto artificio humano todo orden social es contingente; precisamente, la contingencia del orden social es la raíz de la práctica política (es en ella donde se encuentra en juego la definición del orden social). Sin embargo, la consolidación del orden social requiere que su contingencia no sea percibida por sus miembros. Desde la óptica del poder establecido, se trata de que los individuos asuman ese orden como una realidad natural a la que deben ajustar sus acciones, lo cual permite, también, otorgar la seguridad que ellos demandan. Como diría Hegel, la tendencia tanto de los individuos como de los grupos es identificar su particularidad con la universalidad.

Pero la creación de la identidad particular implica necesariamente la definición de la identidad del otro. Como se dice en lógica, toda determinación presupone su negación; la identidad del nosotros conlleva la identidad de los otros (en términos de Derrida, la identidad del otro es una exterioridad constitutiva de la identidad propia). El otro no tiene que mostrar una actitud beligerante o agresiva, su simple presencia hace patente la contingencia del orden social y la identidad propia, lo cual cuestiona la creencia en la validez universal que cada uno atribuye a su cultura o posición particular. El otro no es el malo, como se plantea en las éticas tradicionales; es simplemente la diferencia ética, que, con su simple presencia, cuestiona la supuesta naturalidad o necesidad que se atribuye a la propia cultura. Esta caracterización del otro como el enemigo es lo que expone Hegel en su conocida *Dialéctica del Amo y del Esclavo*, en la que se describe el encuentro entre autoconciencias (individuos o grupos) de culturas diferentes como una lucha a muerte por el reconocimiento.

La construcción del orden concreto, del cual emana el derecho positivo de la sociedad, es un proceso político en el que, como tal, se determina ineludiblemente la distinción entre amigos y enemigos. El conflicto político no es un efecto de la ignorancia y/o maldad de algunos individuos, sino una consecuencia necesaria de la contingencia y pluralidad de los órdenes sociales. Ahora bien, el enemigo no siempre aparece como enemigo externo, es decir, fuera de los límites de la comunidad. Existe también el enemigo interno, representado por aquellos que cuestionan la validez o legitimidad del orden vi-

gente en un territorio determinado. Mientras no exista un poder hegemónico que garantice la vigencia de un orden concreto al interior de la sociedad se vive en un estado de naturaleza, esto es, una guerra civil que impide la efectividad de un derecho positivo. Schmitt afirma que el mérito del Estado moderno es, precisamente, haber impuesto un orden concreto, una normalidad, que hace posible la vigencia de las normas jurídicas y, con ello, haber creado las condiciones de seguridad en las se sustenta el desarrollo económico y social en general de las naciones modernas.

Hubo de hecho un tiempo en el que tenía sentido identificar los conceptos de estatal y político. El Estado clásico europeo había logrado algo completamente inverosímil: instaurar la paz en su interior y descartar la hostilidad como concepto jurídico. Había conseguido eliminar el instituto jurídico medieval del desafío; poner fin a las guerras civiles confesionales de los siglos XVI y XVII, entendidas de un lado y de otro como particularmente justas; establecer de fronteras adentro paz, seguridad y orden ¹⁰.

Para Schmitt, el error de Kelsen y del liberalismo en general, reside en olvidar que la vigencia de un orden legal presupone que el poder político, mediante sus acciones, crea y conserva un orden concreto. A partir de ese olvido, se reduce el derecho a la mera normatividad y se convierte a los funcionarios y dirigentes estatales, así como a los jueces en «meras funciones de una norma». Por el contrario, Schmitt sostiene que las normas expresan y son el instrumento de un orden concreto. En tono irónico afirma: «(...) una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola —si no deja de ser una norma— nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley». Desde su perspectiva la Constitución, antes de ser el sistema leyes positivas supremas, es la situación concreta que impera en la unidad política y social al interior de un Estado. Como hemos señalado, de acuerdo a Kelsen la cadena de validez que mantiene la unidad del orden jurídico culmina en la norma fundamental; en cambio, según Schmitt, en la cúspide de esa cadena de validez se encuentra el orden concreto de la sociedad. Dicho con los términos de este último, para deleitarse con la seguridad que ofrece la vigencia de las normas jurídicas, se requiere que el poder político sea capaz de crear y mantener el orden concreto de la sociedad, la «normalidad».

¹⁰ Schmitt (1991), p. 40. Schmitt percibe la pérdida del monopolio estatal de lo político, propiciada principalmente por lo que hoy se denomina globalización, como una ruptura del orden concreto creado por el sistema de naciones europeo moderno, lo cual abre de nuevo un proceso de reorganización espacial del mundo que propicia nuevas formas de conflictos políticos: «La época de la estatalidad toca ahora a su fin (...) El resultado es que el Estado como modelo de unidad política, el Estado como portador del más asombroso de todos los monopolios, el de la decisión política, esa joya de la forma europea y del racionalismo occidental, queda destronada».

3. La validez del orden jurídico

Asumir, como lo hace Schmitt, que el derecho no se reduce a las normas, sino que la vigencia de estas implica su relación con lo que él llama el orden concreto, amplía la capacidad descriptiva y explicativa de la ciencia jurídica. Especialmente, en contraste con la *Teoría Pura* de Kelsen, dicha ampliación de la perspectiva permite, más allá del conocimiento técnico que requiere la labor cotidiana de los juristas, dar cuenta de la génesis y la dinámica del orden jurídico de una sociedad. Para actualizar las potencialidades implícitas en la teoría de Schmitt sería necesario que en esa relación se pudiera distinguir entre las instituciones y procedimientos que forman parte del sistema jurídico y el resto del orden social. De esta manera, sería posible llegar a comprender la autonomía operativa del derecho, propia de las sociedades modernas. Sin embargo, antes de afinar los conceptos para que cumplan de manera adecuada su labor teórica (descriptiva), cabe destacar un problema fundamental que se encuentra en la manera que Schmitt entiende su propuesta del orden concreto. De acuerdo con este autor, la noción de orden concreto como sostén de la normatividad jurídica, no sólo incrementa la capacidad descriptiva de la teoría jurídica, sino que también resuelve el tema de la validez del orden jurídico.

Como hemos apuntado más arriba, de acuerdo con Kelsen la validez de una norma jurídica inferior se encuentra en una norma superior, en la que se define la manera en que la primera debe establecerse. Es así, que accedemos a la cadena de validez, que culmina en la norma fundamental. Pero la estrategia trascendental para justificar, a su vez, la validez de la norma fundamental, no le resulta convincente a Schmitt. Según él, la génesis de la norma fundamental depende de la decisión de aquel o aquellos que ejercen el poder soberano. A esta tesis se le puede objetar, como lo hace Kelsen, que el acto de decisión no puede sustentar la validez de la norma fundamental, ya que se trata de un fenómeno o hecho situado en el nivel del ser y la validez hace referencia al deber ser. En todo caso, se requiere apelar a la norma que autoriza al soberano a convertirse en poder legislativo, con lo que nos situamos de nuevo en el nivel normativo. Schmitt reconoce la pertinencia de esta objeción; de hecho, él mismo rechaza enérgicamente el complemento entre normativismo y decisionismo, propio del positivismo del siglo XIX.

Pero sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico, y sólo así puede reconocer la voluntad de un poder soberano tácticamente constituido, que aparece de hecho en un momento histórico, sin necesidad de considerar ese poder como una institución o como otro orden concreto, o, sobre todo, sin cuestionar el derecho de tal poder ¹¹.

¹¹ Schmitt (1996), p. 42. «Así, mientras que el normativista y el decisionista son tipos del pensamiento jurídico que siempre se repiten, no se puede considerar la combinación de deci-

La postura de Schmitt es que la decisión del titular del poder soberano se justifica, a su vez, en la medida que expresa o se adecua a las normas que constituyen el orden concreto de la sociedad. De esta manera, el tema de la validez de las normas jurídicas se mantiene en el nivel del deber ser; la decisión política del titular del poder soberano sólo representa la mediación entre las normas del orden concreto y las normas jurídicas. Dicho de otra manera, la decisión política sólo es legítima (posee validez) cuando cumple la función de transformar en derecho positivo las normas implícitas en el orden concreto de la sociedad. Lo que Schmitt niega es la posibilidad de encontrar un criterio universal de validez, que permita justificar racionalmente las normas vigentes en el orden concreto de la sociedad. Para decirlo de una manera llamativa: De acuerdo con esta concepción si las leyes racistas de Nuremberg, promulgadas durante el gobierno nacional-socialista, manifestaron las normas de la cultura y el sentimiento del pueblo alemán de ese momento, tuvieron no sólo vigencia, sino también validez.

Me parece que la manera más efectiva de enfrentar el antiuniversalismo es utilizar un argumento del propio Schmitt el cual, por razones de claridad, puede exponerse esquemáticamente en los siguientes puntos:

1. El mundo humano es un *pluriverso*, en el cual los conflictos son efecto de las diversas concepciones del bien, ligadas a las distintas identidades y posiciones de los individuos y grupos. Es decir, en oposición a la visión épica de las mitologías tradicionales y de las ideologías modernas, Schmitt niega que los conflictos políticos puedan reducirse a la dicotomía *Bien y Mal*. Por el contrario, asumir el pluralismo humano y, con él, el politeísmo de los valores implica entender el conflicto a la manera propia de la concepción trágica del mundo, es decir, como un enfrentamiento entre distintas concepciones del bien.
2. En la medida que el conflicto es un efecto ineludible de la pluralidad humana no es posible suprimirlo. A lo único que se puede aspirar es a controlarlo, de tal manera que su presencia sea compatible con la estabilidad del orden concreto, así como con la integridad física y moral de los participantes.
3. La manera de controlar el conflicto es reconocer esa pluralidad como un atributo insuperable del mundo humano y, de esta manera, establecer las condiciones que hacen posible diferenciar la distinción política *amigo y enemigo* de la distinción ética *bueno y malo*. El enemigo no es el malo, ni un ser inhumano, sino simplemente el otro o, como diría Hegel, la *diferencia ética*.
4. La diferenciación entre la distinción política y la moral permite reconocer al otro como un enemigo justo (*iustus hostis*), lo cual conduce a

sionismo y normativismo en la que consiste el positivismo del siglo XIX como un tipo jurídico ni originario, ni eterno», p. 43.

una relativización de la hostilidad (no ha su supresión). En la medida que se reconoce al enemigo como *persona* (sujeto de derechos y deberes) se puede negociar con él y establecer un sistema de normas que funcionen como mediación en el conflicto.

5. Cuando amigo y enemigo asumen que la pretensión de universalidad, propia de los principios de justicia, reside en las normas que ambos admiten como válidas, el conflicto entre ellos deja de ser una guerra para transformarse en un conflicto político en sentido estricto.

Para apoyar esta línea argumentativa se puede acudir a la teoría de la guerra que desarrolla Carl von Clausewitz. De acuerdo con este militar prusiano, el grado de violencia de la guerra es directamente proporcional al grado de las exigencias políticas. Cuanto más se demanda del enemigo, más violencia se requiere aplicar. En el caso de la figura de la guerra justa, ejemplificadas por las guerras de religión, la exigencia que se plantea al enemigo es la más elevada que podemos imaginar. Se le pide que renuncie a sus valores y, con ello, a su identidad, para aceptar los valores del contrincante. «La alegación de la razón jurídica y la justicia moral de la causa propia y la afirmación de la injusticia del adversario no hace más que agudizar y profundizar de la manera más horrible la contienda entre la partes beligerantes»¹². Por ello, Carl Schmitt ve en la regulación y delimitación de la guerra (*die Hegung des Krieges*), que contiene el *Ius Publicum Europaeum* «un gran progreso en sentido de la humanidad». En este Derecho de Gentes, los Estados modernos, recién constituidos, reconocen el derecho que tiene cada uno de declarar la guerra al otro (*ius ad bellum*), lo que implica el reconocimiento recíproco de su personalidad jurídica, ello significa superar la tradicional idea de la guerra justa y su figura del *enemigo absoluto*. «Ha de recordarse siempre de nuevo que el sentido histórico del Estado moderno reside precisamente en que puso fin a toda la disputa acerca de la causa justa, o sea, acerca del derecho material y la justicia material en el antiguo sentido jurídico feudal, jurídico estamantal o teológico»¹³.

¹² Schmitt (1979), p. 180. El autor continúa: «La beligerancia de la época feudal y las guerras civiles religiosas en torno a la verdad y la justicia teológica ya habían demostrado este hecho. Sin embargo, el soberano estatal puso fin, por medio de su decisión soberana, a todos estos altercados brutales y cuestiones de culpabilidad. Fue ésta su obra histórica, pero también histórico espiritual. El interés jurídico ya no se centraba, en realidad, en el contenido normativo de la justicia y la investigación de las circunstancias de la causa justa, sino meramente en la forma, el procedimiento y la competencia.

¹³ Schmitt (1979), p. 181. «Así, pues, el Derecho Europeo de Gentes consiguió el acotamiento de la guerra con ayuda del concepto de Estado (...) La igualdad de los soberanos los convierte en *partenaires* de guerra con derechos idénticos y evita los métodos de la guerra de aniquilación», p. 160. «En la figura de la guerra, tal como ésta se contempla en el derecho internacional entre Estados, el enemigo es reconocido también al mismo nivel como Estado soberano. En este derecho internacional el reconocimiento como Estado implica ya, en tanto mantiene aún algún contenido, el reconocimiento del derecho a la guerra, y, con ello, el reconocimiento del otro como enemigo conforme a derecho». Schmitt (1991), p. 41.

Sin embargo, Schmitt no percibe que ese *Ius Publicum Europaeum*, que tanto alaba, implica un principio universalista. De acuerdo con ese Derecho de Gentes la universalidad de la justicia no reside en ninguno de los bandos en conflicto, sino en las normas que regulan y limitan la confrontación. Normas que, a su vez, remiten al reconocimiento recíproco de los contrincantes, en este caso los Estados soberanos, como enemigos justos¹⁴. El reconocimiento en sí mismo es también un fenómeno situado en el nivel del ser, que no puede fundamentar la validez de las normas. Pero el reconocimiento recíproco como personas presupone una norma que puede formularse de la siguiente manera: Sólo son válidas aquellas normas que amigo y enemigo reconocen como válidas. Se trata del tradicional principio *Volenti non fit iniura*, Donde existe aceptación voluntaria, no hay injusticia (Kant traduce: Nadie puede ser injusto consigo mismo). La justicia no se encuentra en el contenido de unas normas particulares, sino en las condiciones que hace posible ese asentimiento voluntario. De acuerdo a la tradición constitucionalista, los derechos fundamentales son, precisamente, aquellas normas en las que se condensan las condiciones de igualdad y libertad que requiere el consenso voluntario.

Aunque esos derechos fundamentales son convencionales, artificiales, en el sentido de que son el resultado contingente de una larga historia de luchas sociales y de una decisión política —por la cual se transforman en normas positivas del derecho—, no son arbitrarios. Ello se debe a que sin la vigencia de esos derechos ninguna legislación puede considerarse legítima en sentido estricto, es decir, que cumple con las exigencias de justicia inherentes al juego del sistema jurídico. No se excluye el hecho de que la comprensión de esos derechos fundamentales y, con ella, su contenido, se ha transformado también históricamente. Lo único que permanece invariable es, como lo advirtió desde hace mucho tiempo la tradición contractualista, el principio de que sólo puede pretender ser justas aquellas leyes que se promulgan en condiciones de igualdad (jurídica) y libertad. Creo que se podría superar gran parte de las viejas disputas de la filosofía del derecho sin diferenciamos entre génesis y validez de las normas jurídicas. La propia figura teórica del contrato social no habla de la génesis, sino de las condiciones que se deben crear en la sociedad para responder a la exigencia de justicia.

De esta manera podemos decir que la norma fundamental, en la que culmina la validez de las normas jurídicas no sólo manda obedecer las normas constitucionales, como plantea Kelsen, sino que afirma el deber de los ciudadanos de comportarse como la constitución lo prescribe, en la medida que

¹⁴ Cuando Schmitt afirma que el enemigo político no es el adversario privado (*ekthrós - inimicus*), sino el enemigo público (*polémios - hostis*), no advierte que ello implica que el conflicto político no puede determinarse únicamente por su elevado grado de intensidad, sino que el carácter público del enemigo político implica también una normatividad, aquella que define el espacio público, la cual es compartida por amigos y enemigos.

ella garantiza la igualdad y la libertad. Esa norma fundamental remite, como hemos dicho, al reconocimiento recíproco de los individuos, incluso aquellos que son enemigos, como personas. Por su parte, ese reconocimiento no denota un mítico origen, un punto cero que marca el paso al orden civil de la sociedad, sino un proceso de ampliación constante del orden civil, motivado por las diversas luchas sociales. Siempre los grupos o clases hegemónicas han tratado de igualar su identidad e intereses particulares con la universalidad; sin embargo, la presencia de grupos opositores demuestra que esa pretensión no es admisible (si algo se mantiene excluido se niega la universalidad). La universalidad es inclusión de las diferencias o, como diría Hegel, *identidad de la identidad y la no identidad*¹⁵. Mientras el grupo dominante de una sociedad persiga en la contradictoria identificación de su particularidad con la universalidad la violencia predominará en la política interna (sobre todo en ausencia de un enemigo externo claramente definido). El control de la violencia tiene como condición necesaria el reconocer que la universalidad reside en la normatividad compartida por los diferentes grupos, tal y como se planea en el ideal del Estado de Derecho.

Si bien, en términos empíricos, la frontera entre política y guerra es fluida, en términos abstractos existe una clara delimitación entre ellas. En la guerra, como tipo ideal, no existe una mediación normativa entre amigo y enemigo; en cambio, la práctica política presupone que amigo y enemigo comparten una normatividad común. El *Ius Publicum Europaeum* representa esa mediación entre los nacientes Estados modernos. Si las conquistas de ese derecho internacional se han perdido (¿alguna vez tuvieron plena vigencia?) no se debe al Estado de Derecho liberal, ni de manera exclusiva a la conspiración de la pluralidad de poderes económicos, como sostiene Carl Schmitt; sino, principalmente, a que nunca se creó el orden concreto donde sustentar ese derecho. En cambio, el Estado de Derecho es la institución central del orden concreto, que permitió a los enemigos coexistir al interior del orden nacional e, incluso, impulsar a través del propio conflicto, el desarrollo de la sociedad.

La ceguera de Schmitt en relación al principio de justicia universal implícito tanto en el *Ius Publicum Europaeum*, como en el Estado de Derecho, se debe a varios factores, que van desde su ideología hasta la ausencia de recursos teóricos. Pero el más importante es su comprensión de la noción de universalidad, la cual se torna patente cuando Schmitt, arbitrariamente, admite la pluralidad en el nivel de la política externa («Del rasgo conceptual de lo político deriva el pluralismo en el mundo de los Estados.»), pero niega la posibilidad de la pluralidad en la política interna. Para él, la constitución y esta-

¹⁵ Es curioso que Schmitt retomara elementos de la famosa *Dialéctica del Amo y el Esclavo* que Hegel describe en la *Fenomenología del Espíritu* y no percibiera que la conclusión de ella consiste en afirmar que la universalidad reside en las normas que emanan del reconocimiento recíproco de los esclavos liberados como personas libres e iguales.

bilidad del orden concreto de la nación sólo puede existir cuando se alcanza la «homogeneidad inalterable del pueblo.» («El poder político de una democracia estriba en saber eliminar o alejar lo extraño y desigual, lo que amenaza la homogeneidad»). En oposición a lo que Schmitt cree, la exigencia de validez universal, ligada a justicia, no presupone homogenizar, ni tampoco negar las diferenciaciones amigo y enemigo que emanan de la pluralidad propia e insuperable del mundo humano. Precisamente, la democracia, en el sentido predominante en nuestros días, es un escenario conflictivo en donde amigos y enemigos comparten una normatividad común, sustentada en el orden concreto. Dicho con los términos del lenguaje políticamente correcto de nuestros días, en la democracia los enemigos se convierten en adversarios o competidores.

A pesar de que Schmitt rechaza la democracia (lo que él llama el parlamentarismo burgués) y que, en cambio, Kelsen es uno de sus más decididos defensores, ambos autores coinciden en su posición explícitamente antiuniversalista, aunque en el fondo apelen a un principio universal. Al igual que Schmitt, Kelsen considera que el reconocimiento de la pluralidad propia del mundo humano conduce al relativismo, pero a diferencia de aquél, considera que esa concepción filosófica es propia de la democracia:

Y, en efecto, si se cree en la existencia de lo absoluto —de lo absolutamente bueno, en primer término—, ¿puede haber nada más absurdo que provocar una votación para que decida la mayoría social ese absoluto en que se cree? (...) Pero si se declara que la verdad y los valores absolutos son inaccesibles al conocimiento humano, ha de considerarse posible al menos no sólo la propia opinión, sino también la ajena y aun la contraria. Por eso, la concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo. La democracia concede igual estima a la voluntad política de cada uno, porque todas las opiniones y doctrinas políticas son iguales para ella, por lo cual les concede idéntica posibilidad de manifestarse y de conquistar las inteligencias y voluntades humanas en régimen de libre concurrencia ¹⁶.

En este texto se percibe claramente la presencia del principio universal («igual estima a la voluntad política de cada uno»). Sin embargo, no se establece la diferencia entre los distintos sistemas de valores, ligados a la diversidad de concepciones de vida buena, y los principios de justicia universal, que hacen posible la coexistencia de esa pluralidad dentro de la unidad del orden concreto ¹⁷. Ello tiene como resultado considerar que el relativismo

¹⁶ Kelsen (1980), pp. 156-157. De hecho, esta manera de acceder al principio de justicia universal ya se encuentra implícita en la teoría de John Stuart Mill, cuando sustenta la libertad de expresión mediante el siguiente argumento: Nadie puede tener la certeza de la validez absoluta de sus creencias; por tanto, *todas* las creencias tienen el derecho a manifestarse libremente.

¹⁷ Cabe señalar que Max Weber percibió ya la necesidad de dicha distinción, la cual, precisamente, se torna manifiesta gracias al proceso de racionalización de la cultura occidental. Él habla de la diferenciación entre valores culturales (*Kulturwerte*) y obligaciones o imperativos

tiene la última palabra, pues todo intento de trascenderlo conduce necesariamente al absolutismo propio de la metafísica tradicional, el cual niega el politeísmo de los valores. Para comprender el proceso de diferenciación entre los valores que definen la multiplicidad de formas de vida buena y la noción de justicia universal se requiere abandonar la perspectiva del normativismo (la pretensión de pureza de la teoría jurídica), y, sin dejar de asumir la autonomía del sistema jurídico, relacionar a este último con el orden concreto de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BIELEFELDT, Heiner (1994): *Kampf und Entscheidung*, Würzburg. K. & N.
GÓMEZ ORFANEL, G. (1986): *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC.
HERRERO LÓPEZ, Montserrat (1997): *El «nomos» y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, Pamplona, EUNSA.
KAUFMANN, Matthias (1991): *¿Derecho sin reglas?*, México, Fontamara.
KELSEN, Hans (1980): *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional.
— (1986): *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM.
MEHRING, R. (1992): *Carl Schmitt*, Hamburg, Junius.
MEIER, H. (1994): *Die Lehre Carl Schmitts*, Stuttgart, J. B. Metzler.
— (1988): *Carl Schmitt, Leo Strauss und, Der Begriff des Politischen*, Stuttgart. J.B. Metzler.
MÜNKLER, H. (1992): *Gewalt und Ordnung*, Frankfurt a.M. Fischer.
NEGRO PAVÓN (comp.) (1996): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Veintiuno.
NEUMANN, V. (1980): *Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt a.M. Campus.
ORESTES AGUILAR (comp.) (2001): *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México. FCE.
SERRANO, E. (1998): *Consenso y conflicto*, México. CEPCOM.
— (2001): *Filosofía del conflicto político*, México. Porrúa.
SCHMITT, Carl. (1991): *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza.
— (1996): *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos.
— (1982): *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza.
— (1974): *El nomos de la tierra*, Madrid. CEC.
— (2004): *El Leviatán en la teoría del Estado de Hobbes*, Granada, Comares.
— (1996): *Politische Theologie*, Berlin Duncker & Humblot.
— (1940): *Positionen und Begriffe*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt.

éticos (*ethischen Pflichten oder Imperative*). La diferenciación entre estos dos niveles de valores (aquellos ligados a la pluralidad de nociones de vida buena y los principios universales de justicia) es el resultado contingente de una historia de luchas sociales.